

**PRESIDENTE DEL
TRIBUNAL DE CUENTAS
DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT**

S / D

RAWSON, 23 de enero de 2024.-

Ref.: Expte. Nro. 41.607/24, s/ antecedentes

Consulta ISSyS.-

Vienen a consideración de la Asesoría Legal las actuaciones de referencia, por las cuales el Instituto de Seguridad Social y Seguros, a fs. 404, consulta sobre lo actuado por el Departamento de Afiliaciones y Convenios, a cuyo respecto este asesor solicita se pase a la Fiscalía interviniente para que informe sobre el particular, con la salvedad que seguidamente se expone, ello en caso de ser compartida mi opinión por el Plenario y comunicada al ente auditado.-

En cuanto al dictamen legal nro. 1822/2023 de fs. 402, este asesor NO comparte la opinión vertida, esto es, con relación a los cónyuges afiliados indirectos (inciso a, art. 9 de la Ley XVIII nro. 12, modificada por Ley XVIII nro. 88), que el texto de la actual Ley XVIII nro.12, vigente desde 03/09/2015 (fecha de sanción, véase artículo 6 Ley XVIII nro. 88, publicada el 29/09/2015), no resulta aplicable “*a quienes fueron vinculados mediante el texto de la norma original, quienes adquirieron bajo ese marco un derecho de afiliación distinto al ahora vigente, que no puede ser afectado retroactivamente*”. Una suerte de irretroactividad sobre derechos adquiridos de afiliación previamente constituida. Empero lo que tomo en consideración es el efecto inmediato de la norma sobre el supuesto de extinción y sobre las consecuencias no producidas.-

El texto original, en lo concerniente al dictamen, establecía en el artículo 9: “*Quedan comprendidos en la categoría de Indirectos Obligatorios los integrantes del grupo familiar del Afiliado Directo que se detallan: a) El cónyuge mujer; cónyuge varón con incapacidad laboral total y permanente, salvo aquellos casos alcanzados por el artículo 7°. (...)*”.-

Y el texto actual modificado por la Ley XVIII nro. 88, establece en el artículo 9: “*Quedan comprendidos en la categoría de Indirectos Obligatorios los integrantes del grupo familiar del Afiliado Directo que se detallan: a) Cónyuge o conviviente sin distinción de género, **que no posean Obra Social nacional, provincial, sindical o privada.** (...)*” (se remarca la cuestión como más dirimente, en concordancia con las actuaciones realizadas por el Departamento de Afiliaciones y Convenios y lo requerimientos de la Fiscalía).-

Básicamente, y con ostensible criterio de razonabilidad, con la modificación legal el cónyuge o conviviente del afiliado directo comprende la categoría de indirectos

obligatorios **si no tiene obra social**. En consecuencia, por una parte, con posterioridad a la modificación legislativa, para la **constitución** de la afiliación indirecta del cónyuge o conviviente del afiliado directo se exige que no tenga obra social; y por otra parte, la afiliación indirecta, *válidamente constituida, antes o después de la modificación de su texto legal, se **extingue** si el cónyuge o conviviente, luego, adquiere para sí una obra social*, y, por consiguiente, podría constituirse, con posterioridad, al no tener obra social. La reforma legal incorpora un condicionante a la constitución de la afiliación y a su vez una causal de extinción de la misma.-

Para el análisis de la eficacia temporal de las normas, es de ineludible aplicación el precepto contenido en el artículo 7 del Código Civil y Comercial, que sobre la cuestión bajo tratamiento establece las siguientes reglas sobre las relaciones y situaciones de origen legal, o regidas por leyes imperativas nacidas de actos entre particulares: **a)** La constitución, la extinción y los efectos, ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley, se rigen por la vieja ley; y **b)** La constitución en curso, la extinción aún no operada, y los efectos aún no producidos, se rigen por la aplicación inmediata de la nueva ley.-

En el derecho moderno el principio es la aplicación inmediata de la ley, dejando de lado el criterio de irretroactividad frente a derechos adquiridos, para considerar los **hechos definitivamente cumplidos o agotados**. Borda explica que antes de la 17.711 imperaba una confusión de ideas en torno al principio de irretroactividad alentada por la influencia del famoso concepto de derechos adquiridos: *“Este concepto, desechado hoy unánimemente por la doctrina universal y eliminado en casi todos los códigos, ha conformado la mentalidad de los abogados argentinos durante larguísimos años, de modo tal que no resulta fácil desprenderse de él, aunque la ley 17.711 lo haya ajusticiado”*. (Borda, Guillermo, “El art. 71 bis ley 2393 y la aplicación inmediata de la ley”, op. cit. El maestro dedicó su libro Retroactividad de la ley y derechos adquiridos (Bs. As., Perrot, 1951) a criticar la doctrina de los derechos adquiridos. Ver, con la eliminación, Pardo, Alberto J., El art. 3° del código civil según la ley 17.711, LL 135-1357. Roubier dedica muchas páginas para fundamentar por qué la teoría de los derechos adquiridos ha fracasado (Roubier, Paul, Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps) 2a ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 166 y ss.).)-

Así, *“Las consecuencias producidas que están consumadas, no se encuentran afectadas por las nuevas leyes, excepto retroactividad, pues respecto de ellas existe el llamado consumo jurídico. En cambio, los efectos o consecuencias aún no producidos caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad. Hay aplicación inmediata, sin retroactividad, cuando la nueva ley anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso o in fieri de las relaciones o situaciones jurídicas; es decir, los que se producen después de su entrada en vigor.”* (Marisa Herrera - Gustavo Caramelo -

Sebastián Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400).-

El supuesto o causal de extinción (tener obra social), incorporado por la Ley XVIII nro. 88, NO se puede aplicar *retroactivamente* sobre hechos definitivamente cumplidos o agotados, sobre un consumo jurídico; es decir, sobre la constitución de la afiliación y las prestaciones brindadas en consecuencia, sino que se aplica de forma *inmediata*, hacia el futuro, sobre las consecuencias no cumplidas y el estado de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, ya constituidas, o que se pretendan constituir. La nueva ley XVIII nro. 88 modifica los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas, no afecta el hecho de la constitución existente, sino el de la extinción, que aún no ha sucedido y por eso está regida por la nueva ley. Es así que los efectos o consecuencias aún no producidos caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad. Teniendo para ello presente que, las consecuencias son todos los efectos o derivaciones -de hecho o de derecho- que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente y que se producen después de la entrada en vigencia de la nueva ley.-

En definitiva, sostener la vigencia del régimen anterior importa constituir un trato gravemente desigualitario entre iguales, entre afiliados que abonan “la misma cuota”, privilegiando por la sola razón del tiempo, y sin límite de tiempo de vigencia, a las consecuencias de la constitución de una afiliación. El Derecho debe interpretarse considerándose resultados que el criterio sustentado por el intérprete provoca en la efectiva realidad, debiendo promover interpretaciones justas, armonizantes, que no desvirtúen el propósito de su legislación reformadora, puesto que validar un despropósito cimienta un endeudamiento sobre un sistema ya deficitario, que solo garantizará la restricción de derechos de los futuros afiliados para sostener los privilegios insustentables de los pasados, de evidente irrazonabilidad. Deben ponderarse las consecuencias sociales e institucionales de las decisiones. Debemos buscar soluciones razonables y evitar resultados injustos para unos y privilegios para otros.-

DICTAMEN Nro. 07/24.-

Gonzalo TORREJÓN
Asesor legal TCC .